

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado



DICTAMEN JURÍDICO SOBRE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL- DERECHO DE FAMILIA, LITIGACIÓN TRANSFRONTERIZA

Año Académico 2016/2017

Trabajo realizado por Amaia Izaguirre Díaz

Dirigido por Dra. Clara Isabel Cordero Álvarez

Convocatoria febrero 2017

Calificación obtenida: Sobresaliente (9,5)

RESUMEN

El presente trabajo, consistente en la elaboración de un dictamen jurídico, tiene como objeto la realización de una propuesta de resolución a una serie de cuestiones jurídicas planteadas propias del Derecho internacional privado, y más concretamente, de Derecho de familia en el ámbito de la cooperación jurídica internacional. De esta manera, en el presente trabajo se analizan cuestiones propias de esta disciplina del Derecho cómo lo son: la competencia jurídica internacional; la existencia y tratamiento de figuras de ámbito procesal como la litispendencia, la posible prórroga de competencia en este contexto o el procedimiento para notificación y traslado de documentos judiciales. Todo ello de conformidad con los instrumentos normativos existentes en la referida materia.

ABSTRACT

The following study consist in the elaboration of a legal opinion whose aim is to proposed a resolution to the legal questions referred on the subject of International Private Law, and particularly, Family law. Therefore, this study examines some of the matters that belong to this field of the Law such as: international jurisdiction, the handling of procedural subjects as is the lis pendens, the prorogation of jurisdiction, or the notification and transmission of judicial documents. All of this according with the legal instruments that currently rules in the reported subject.

PALÁBRAS CLAVE

Derecho Internacional Privado, Cooperación jurídica internacional, Litigación transfronteriza, Derecho de familia, Competencia internacional, Disolución vínculo matrimonial, Responsabilidad parental, Traslado y retención ilícito de menores, Alimentos, Traslado y notificación de documentos judiciales.

KEY WORDS

International Private Law, International judicial cooperation, Cross-border litigation, Family Law; International Jurisdiction; divorce, legal separation or marriage annulment; parental responsibility, wrongful removal or retention of children, maintenance obligations, Transmission of judicial documents.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
I. INTRODUCCIÓN.	4
II. MARCO JURÍDICO.	5
III. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL.....	11
IV. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS.	11
V. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN.....	13
VI. CONCLUSIONES.....	40
VII. BIBLIOGRAFÍA	44
VIII. JURISPRUDENCIA	44

Abreviaturas más utilizadas

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado español
CC	Código Civil publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889
CDN	Convención sobre los Derechos del de 20 de noviembre de 1989.
CE	Consejo Europeo
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), de 4 de noviembre de 1950.
<i>Cf.</i>	Confróntese
CH65	Convenio de la Haya de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.
CH80	Convenio de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
CH96	Convenio de la Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.
CLUX80	Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.
DIPr	Derecho Internacional Privado

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUE	Derecho de la Unión Europea
Ed.	Editorial
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
LCJI	Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm.7, de 8 de enero del 2000.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. BOE núm. 174 de 22 de Julio de 2015
Núm.	Número
Pág.	Página
Párr.	Párrafo
RBI	Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (Reglamento Bruselas I). DOUE núm. L 012, de 16 de enero de 2001
RBI <i>bis</i>	Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE núm. L 351/1 de 20 de diciembre de 2012.

RBII <i>bis</i>	Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 17 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II <i>bis</i>). DOUE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003
RBIII	Reglamento núm. 4/2009 (CE) de 18 de diciembre de 2008 (Reglamento Bruselas III). DOUE núm. L 7/1 de 10 de enero de 2009.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Rec.	Recopilación
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
<i>Víd.</i>	Véase

**DICTAMEN JURÍDICO SOBRE COOPERACIÓN JURÍDICA
INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL- DERECHO DE FAMILIA,
LITIGACIÓN TRANSFRONTERIZA**

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, debido a la influencia de la globalización, los vínculos formados entre personas físicas y jurídicas de diferentes Estados son más frecuentes y, consecuentemente, surgen conflictos derivados de estas relaciones privadas internacionales. Los Estados han solucionado de forma distinta estas controversias en sus ordenamientos jurídicos, lo que ha derivado en un intento por homogeneizar las normas de DIPr desde una perspectiva supranacional. De esta manera, se distinguen dos labores de codificación supranacional: por un lado los Convenios Internacionales, y por otro el DUE. Este último trata de armonizar el Derecho internacional entre los propios Estados Miembros de la UE.

Dentro de esa labor de unificación del DIPr se encuentra el amplio sector del Derecho de familia entre cuyas cuestiones se encuentran algunas de las que se estudian en el presente dictamen: La disolución del vínculo matrimonial, los asuntos de responsabilidad parental y obligaciones de alimentos; la filiación, y la adopción de medidas cautelares, entre otros. A su vez, se analiza una cuestión significativa para la disciplina del DIPr en materia de familia, como es la retención y el traslado ilícito de menores por los efectos que éstas tienen en la determinación de la competencia de los Tribunales en materia de responsabilidad parental.

Todo ello de conformidad con los instrumentos normativos existentes en la materia: los Reglamentos del DUE sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, los tratados internacionales y los sistemas de fuente interna de DIPr de los Estados involucrados en el presente conflicto. Respetando, por su parte, el principio de supremacía del DUE, y el sistema de fuentes jerárquico de DIPr.

En definitiva, a través de las normas y fuentes existentes, se trata de determinar la competencia jurídica internacional; la existencia y tratamiento de figuras de ámbito procesal como la litispendencia, la posible acumulación de acciones en este contexto o el procedimiento para notificación y traslado de documentos judiciales entre Estados distintos.

II. MARCO JURÍDICO.

La normativa analizada para la resolución del presente conflicto es la siguiente:

A. Derecho de la Unión.

1. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicado en el DOUE núm. C 326/01 de 26 de octubre de 2012. – En adelante TFUE-

Art. 81 regula la cooperación jurídica en materia civil.

2. Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 17 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental publicado en el DOUE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003.- En adelante RBII *bis*.-

El ámbito de aplicación del Reglamento se expone en el art. 1.1.

El apartado 2 del art. 1 donde se enumera las materias establecidas en el apartado b).

El apartado 3 enumera las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento.

El art. 2 apartado 7 define que se entiende por responsabilidad parental a los efectos del Reglamento.

El art. 3 apartado 1 del Reglamento regula la competencia general en casos de disolución del vínculo matrimonial.

El art. 6 regula el carácter exclusivo de las competencias previstas en los preceptos anteriores.

El art. 7 apartado 1 regula la competencia residual.

El art. 8 apartado 1 regula la competencia en materia de responsabilidad parental.

El art. 9 apartado 1 prevé el mantenimiento de la competencia del menor en caso de cambio de residencia.

El apartado 2 del art. 9 establece una excepción a la regla anterior.

El art. 11 apartado 1 regula cuándo es de aplicación el procedimiento de restitución de un menor objeto de traslado ilícito.

El art. 13 regula la competencia basada en la presencia del menor.

El art. 19 apartado regula los supuestos de litispendencia en casos de disolución de vínculo matrimonial.

El apartado 2 regula los supuestos en casos de responsabilidad parental.

El apartado 3 prevé la inhibición del segundo tribunal a favor del primero.

El art. 20 apartado 1 regula la competencia en casos de adopción de medidas cautelares.

El apartado 2 establece cuándo dejan de ser efectivas dichas medidas.

3. Reglamento núm. 4/2009 (CE) de 18 de diciembre de 2008, publicado en el DOUE núm. L 7/1 de 10 de enero de 2009. -En adelante RBIII-.

El art. 3 regula la competencia en materia de obligaciones de alimentos.

El art. 4 prevé la elección del foro.

El art. 5 prevé la competencia por la mera comparecencia del demandado.

El art. 6 regula la competencia subsidiaria.

El art. 7 regula el *forum necessitatis*.

4. Reglamento (CE) 1393/2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, publicado en el DOUE núm. L 324/79 de 10 de octubre de 2007. - En adelante Reglamento sobre notificaciones y traslados.-

El art. 4 regula la transmisión de documentos judiciales.

El art. 6 regula la recepción de los documentos por el organismo receptor.

El art. 7 establece el procedimiento de notificación y traslado de documentos.

5. Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, publicado en el DOUE núm. L 343/10 de 29 de diciembre de 2010.- En adelante Reglamento Roma III-.

El art. 5 regula la elección de la ley aplicable por las partes.

B. Tratados Internacionales.

1. Tratados de la Conferencia de la Haya

1.1. Convenio de la Haya 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial. Publicado en el BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1987. -En adelante CH65.-

Los siguientes arts. regulan el procedimiento sobre notificación de documentos judiciales entre los Estados contratantes del Convenio:

El art. 3 regula la designación de la Autoridad Central competente por parte de los Estados contratantes.

El art. 4 establece la información inmediata al requirente por parte de la Autoridad en caso de no respetar el Convenio.

El art. 5 regula cuando se debe proceder a la notificación o traslado del documento.

El art. 6 sobre la expedición del certificado de notificación.

El art. 8 contempla la posibilidad de realizar la notificación por vía consular o diplomática.

1.2. Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Publicado en el BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. -En adelante CH80.-

El art. 3 regula cuándo se considera ilícito el traslado de un menor a otro Estado.

1.3. Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Publicada en el BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010. – En adelante CH96.-

El art. 5 regula la competencia.

El art. 7 apartado 1 establece la competencia en caso de traslado ilícito o retención del menor.

El apartado 2 dispone cuándo se considerará ilícito el traslado o retención del menor.

El apartado 3 establece la paralización del procedimiento por parte de los Tribunales donde ha sido trasladado el menor.

El art. 8 apartado 1 prevé la remisión a otro Estado que se encuentre en mejor situación para conocer del asunto.

El apartado 2 enumera que Estados pueden ser requeridos.

El art. 9 apartado 1 prevé el supuesto contrario al de art. 8.

El apartado 3 contempla una excepción al apartado 1.

2. Tratados de las Naciones Unidas.

2.1. Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 33123) de 23 mayo de 1969.- En adelante Convención de Viena de 1969.-

El art. 30 apartado 3 regula la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

2.2. Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Publicado en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.- En adelante CDN-

El art. 3 apartado 1 recoge el concepto del interés superior del menor como consideración primordial.

3. Tratados del Consejo de Europa.

3.1. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Publicado en el BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979- En adelante CEDH.-

El art. 8 regula el Derecho al respeto a la vida privada y familiar

3.2. Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Publicado en el BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984.- En adelante CLUX80.-

El art. 8 regula cuándo se procederá a la restitución del menor en caso de traslado ilícito.

4. Tratados con organismos internacionales

4.1. Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias hecha en Panamá el 30 de enero de 1975. Publicado en el BOE núm. 195, de 15 de agosto de 1987. – En adelante Convención Interamericana de 1975.-

El art. 2 regula el alcance de la Convención.

El art. 20 regula la ratificación de la Convención.

El art. 21 regula la adhesión de la Convención.

C. Derecho español

1. La Constitución Española de 1978 publicada en el BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978.- En adelante Constitución Española.-

El art. 93 regula la autorización, mediante ley orgánica, para celebrar tratados internacionales.

El art. 96 establece la formación de los tratados internacionales válidamente celebrados dentro del ordenamiento jurídico español una vez publicados.

2. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y publicado en BOE núm. 174 de 22 de Julio de 2015. -En adelante LOPJ.-

El art. 22 *quáter* letra c) sobre competencia en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones.

El art. 22 *quáter* letra d) sobre competencia en materia de de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental.

3. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- En adelante LOPJM.-

El art.2 prevé los criterios generales que han de tenerse en cuenta a efectos de interpretación y aplicación del interés superior del menor.

3. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, publicado en el BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000. – En adelante LEC.-

El art. 3 regula el ámbito territorial de aplicación de las normas procesales civiles españolas.

El art. 71 apartado 2 establece la opción de acumular acciones.

El art. 72 prevé la acumulación subjetiva de acciones.

El art. 768 apartado 2 regula la adopción de alimentos como medidas cautelares a la filiación.

4. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, Publicado en BOE núm. 182 de 31 de Julio de 2015.- En adelante LCJI.-

El art. 20 regula el ámbito de aplicación de la ley a la notificación de documentos judiciales en el extranjero.

El art. 21 regula los medios de comunicación, notificación y traslado al extranjero.

El art. 22 regula los medios de comunicación, notificación y traslado en España de documentos judiciales emitidos desde el extranjero.

El art. 23 regula la fecha de notificación o traslado de los documentos judiciales en el extranjero.

Art. 27. Emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidas a Estados extranjeros.

El art. 44 regula las resoluciones firmes extranjeras objeto de reconocimiento en España.

El art. 46 regula en que supuestos no serán reconocidas las resoluciones judiciales firmes extranjeras.

El art. 50 regula las resoluciones extranjeras ejecutables en España.

III. HECHOS DEL LITIGIO PRINCIPAL.

Los hechos que originan el conflicto que se plantea son los que a continuación se detallan:

1. M. Z. y F. L, de nacionalidad española y danesa respectivamente, se casaron por el rito canónico en España y posteriormente en forma civil en Copenhague (Dinamarca).
2. Fruto de la relación entre M.Z y F.L nacieron dos niños menores, los cuales tienen doble nacionalidad hasta que decidan en el momento de su mayoría de edad.
3. Inmediatamente después de la celebración de su matrimonio, F.L y M.Z establecieron su residencia en Rodas (Grecia), donde adquirieron un inmueble que pusieron a nombre de sus descendientes.
4. No obstante, a los pocos meses por razones profesionales trasladaron su residencia definitiva a Florida, en EEUU.
5. El hijo mayor de F.L y M.Z nació el día 4 de junio de 2012 en Florida, mientras el que menor de ellos nació el día 29 de diciembre de 2014 en España.
6. En mayo de 2014, estando aún embarazada de su segundo hijo, y tras varias desavenencias entre la pareja, M. Z. decide ir a visitar a su familia a España junto con su hijo mayor. Lo que en principio era una visita temporal se convirtió en definitiva, dando a luz al segundo hijo en España. Desde entonces M.Z estableció en dicho su residencia junto a sus dos hijos.
7. Por su parte, F. L. mantiene su domicilio en el que hasta ahora era el domicilio familiar, en Florida (EEUU).

IV.- PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS.

En el presente supuesto de hecho se plantean diversas cuestiones jurídicas propias del DIPr.

1. El ámbito de aplicación del RBII *bis* con objeto de determinar la competencia jurídica internacionales de los tribunales españoles en relación a la disolución del vínculo matrimonial.

2. La posible existencia de litispendencia internacional desde el punto de vista de la LCJI, en el supuesto de interponerse, con posterioridad al inicio del procedimiento en sede española, una demanda de separación judicial ante un tribunal de EEUU.
3. La determinación de la residencia habitual del menor como criterio de competencia dentro del marco jurídico del RBII *bis*. Concretamente, la interpretación otorgada a este concepto jurídico indeterminado por la jurisprudencia del TJUE.
4. La aplicación del sistema de DIPr aplicable en materia de filiación dada la exclusión de esta materia del RBII *bis*. La determinación de la competencia de los tribunales españoles con base en la LOPJ tras la modificación realizada por la ley 7/2015, y eventual la prórroga de la competencia de estos tribunales sobre la acción accesorio de pensión de alimentos con base en el RBIII.
5. La posible concurrencia de litispendencia y su tratamiento en el ámbito de responsabilidad parental, en el supuesto de que se esté tramitando previamente un procedimiento de adopción de medidas cautelares. Interpretación de los arts. 19 y 20 del RBII *bis* y su integración en la jurisprudencia del TJUE.
6. La nacionalidad de los menores como criterio determinante de la competencia en materia de responsabilidad parental en el CH96: alcance y vigencia del art. 8.
7. La posible existencia de un supuesto de sustracción internacional, según calificación otorgada por el art. 3 del CH80-. Marco jurídico del eventual procedimiento de restitución: relaciones y compatibilidad del RBII *bis* y del CH80. Efectos de la restitución sobre los procedimientos de responsabilidad parental incoados.
8. Determinación de la competencia en un procedimiento de reclamación de pensión de alimentos a favor de los menores y del cónyuge, con base en los foros del RBIII. Eventual posibilidad de prórroga de competencia de los Tribunales que están conociendo de los procedimientos de responsabilidad parental y/o disolución del vínculo matrimonial, y su marco jurídico aplicable.
9. Marco jurídico aplicable a la notificación y traslado de documentos judiciales españoles a residente en EEUU. Alcance y aplicación de la Convención Interamericana de 1975 y del CH65.
10. Efectos respecto todas las cuestiones previamente planteadas, en caso de que la residencia habitual de F.L fuera Dinamarca: consecuencia de la cláusula de excepción

suscrita por el Estado danés sobre los instrumentos suscritos sobre la base competencial del art. 81 del TUE y del TFUE.

V. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

1.- La disolución del vínculo matrimonial. Determinación de la competencia y sus condiciones.

La primera cuestión planteada es dónde habrá de interponerse la demanda de disolución del vínculo matrimonial interpuesta por M.Z, y, concretamente, si los tribunales españoles serían competentes para conocer de la misma.

1. Dentro del ordenamiento jurídico español existen tres fuentes de producción normativa que integran el sistema de DIPr entre cuyos sectores normativos se encuentran las reglas de determinación de la competencia internacional:

a) El sistema interno: El cual está formado por las normas de producción interna que tiene por objeto regular situaciones privadas internacionales elaboradas por el propio legislador nacional español.

b) Convenios Internacionales o los Tratados Internacionales: Tratados o convenios ratificados o adheridos voluntariamente por España con diferentes Estados, o realizados a través de negociaciones de forma bilateral o multilateral entre España y otros Estados. Estos tratados válidamente celebrados, una vez publicados en España, forman parte del ordenamiento jurídico español tal y como prevé el art. 96 Constitución Española-.

c) El Derecho Comunitario Europeo o DUE: Es el DIPr aplicable en el ámbito de los Estados Miembros para situaciones intracomunitarias y *constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.*¹

Los tratados internacionales, según lo predispuesto por la propia Constitución española, en los arts. 93 y 96, forman parte del ordenamiento jurídico español, y, en consecuencia, son de aplicación directa. A pesar de que no se prevea expresamente, de la redacción del art. 96 de la Constitución se concluye que los referidos tratados son de aplicación

¹Cf. STJCE de 5 de febrero de 1963, en el Asunto C-26/62, *Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*. (Rec 1963 00003). Fundamento de Derecho 2, apartado B

preferente en caso de conflicto con las demás fuentes de Derecho del ordenamiento jurídico español.

Por su parte, el DUE, es de aplicación preferente respecto del Derecho interno de los Estados miembros, de acuerdo con el principio de primacía del DUE. Este principio de supremacía está consagrado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, en el asunto C-6/64, *Flaminio Costa contra E.N.E.L*²

2. Por tanto, el instrumento de aplicación preferente es el RBII *bis*, que regula la cooperación jurídica internacional en materia de familia dentro de la UE. Para determinar la aplicación del Reglamento se deben cumplir los siguientes ámbitos de aplicación:

a) Ámbito temporal: el art. 72 del Reglamento establece que la fecha de interposición de la demanda debe de ser posterior al 1 de marzo de 2005.

b) Ámbito espacial: se encuentra regulado en los arts. 6 y 7 del RBII *bis*, dónde se establece que un residente o nacional sólo puede ser demandado conforme a las normas de competencia del RBII *bis*. Estas normas están previstas para ser aplicadas con base en la nacionalidad o residencia del demandado. Cabe destacar que el art. 3 prevé también el *forum actoris con la concurrencia de ciertos requisitos*, es decir que serán también competentes los tribunales del domicilio del demandante siempre que: *haya residido allí durante al menos un año antes de la presentación de la demanda, o haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión.*

Concretamente esta disposición materializa una serie de foros “alternativos” en esta materia con base en los cuales puede un Tribunal de un Estado miembro declararse competente. Esta denominación ha sido bastante cuestionada por la doctrina, ya que se considera que dicha “exclusividad” se refiere más bien a la aplicación de los foros y no a su naturaleza.³

Sin embargo, el mismo Reglamento prevé la competencia residual al establecer que si no es posible deducir la competencia de un Estado miembro del propio Reglamento, esta competencia podrá ser determinada en cada Estado según su propio sistema interno

²Rec. 1964 01141

³Sobre esta distinción *vid.* GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J: *Derecho Internacional Privado* Ed. Civitas. Thomson Reuters, 3a edición, Navarra. 2016. Pág. 152

de competencia judicial internacional. En lo que respecta a cómo y cuándo opera esta competencia residual, el TJCE en la STCE (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007, en al asunto C-68/07: *Kerstin Sundelind López contra Miguel Enrique López Lizaso*⁴, determinó la preferencia de la competencia de un tribunal de un Estado miembro declarada con base en los arts. 3 a 5 del RBII *bis*, sobre el tribunal del Estado miembro que únicamente lo sea con base en su sistema interno de competencia judicial internacional.

c) Ámbito material: En este caso lo constituye las materias cubiertas por el Reglamento, y de conformidad con el art. 1 a) del RBII *bis*, éste aborda el conocimiento sobre litigios de separación, nulidad y divorcio.

Por lo expuesto, los tribunales españoles deben establecer su competencia con base en RBII *bis* al cumplirse, en el presente supuesto, los tres ámbitos de competencia.

4. En efecto, el art. 3 del citado Reglamento establece los foros de competencia; y en concreto es la sexta regla de la letra a) de dicho precepto legal la que otorga la competencia de los Tribunales españoles. Dicho artículo establece que *en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión*. M.Z reside en España desde mayo de 2014, y siendo nacional de dicho Estado, los tribunales españoles podrían declararse competentes con base en este precepto.

Respecto al resto de supuestos que plantea el art. 3 del Reglamento, ninguno de ellos daría la competencia, ni a los tribunales españoles, ni a ningún otro de los tribunales de la UE que hayan firmado el Reglamento; ya que tanto la residencia habitual del demandado, como la última de los cónyuges se encontraba en Florida (EEUU) y no se ha interpuesto por parte de los cónyuges una demanda conjunta.

Bruselas II *bis*, en su art. 3, contempla foros alternativos; es decir, otorga a la parte demandante la posibilidad de escoger ante qué tribunal de la UE presentar su demanda de acuerdo con sus intereses, siempre que se cumplan los requisitos regulados en cada caso.

⁴ Rec 2007 I-10403

5. En cuanto a EEUU, última residencia habitual de los cónyuges y la actual de F.L, su posible competencia se determinará de acuerdo con su propio sistema interno de competencia ya que no es Estado miembro.

6. En el caso de que ningún tribunal europeo fuera competente de acuerdo con el art. 3 del RBII *bis*, el art. 7 del mismo texto legal contempla la competencia residual. Ésta consiste en que si ningún tribunal de un Estado resultara competente para el conocimiento del litigio según los arts. 3, 4 y 5 de este Reglamento éstos podrán determinar su competencia con base en su propia regulación interna. En el caso de España, sería con base en la LOPJ; y en concreto el art. 22 *quárter* letra c), el cual es prácticamente una copia de los supuestos establecidos en el RBII *bis*. En el presente caso, los requisitos de este precepto que le concederían la competencia a los Tribunales de España, son los mismos que los contemplados en el RBII *bis*, no siendo aplicable en el presente supuesto al establecer la competencia española con base en el art. 3 del RBII *bis*.

2.- Interposición de demanda por parte de F. L. sobre separación judicial ante los tribunales de EEUU, y efectos de esta sobre el procedimiento ya incoado en España.

En el caso de que F.L plantee una demanda de disolución del vínculo matrimonial ante los tribunales estadounidenses podría concurrir un caso de litispendencia internacional.

1. Desde la perspectiva española, entre los instrumentos aplicables para la analizar si existe litispendencia; queda descartada la aplicación del RBII *bis*, al no ser EEUU Estado miembro de los que están vinculados por este instrumento. En cuanto a los tratados internacionales no existe en la actualidad ninguno que vincule a ambos Estados involucrados que reglamente esta cuestión.

Por tanto, los tribunales españoles determinarán si estamos ante un caso de litispendencia con base en la normativa de fuente interna reguladora de los problemas de aplicación de competencia, y concretamente, en la LCJI.

2. La litispendencia internacional supone la concurrencia de dos o más procedimientos con mismo objeto, causa de pedir, e identidad de partes ante los órganos jurisdiccionales de Estados distintos. En la LCJI se regula esta figura en el art. 39, donde se establece que si en el momento de interposición de la demanda ante un órgano jurisdiccional

español existe un proceso ante otro órgano jurisdiccional extranjero con mismo objeto, causa de pedir y partes; el órgano español podrá suspender el procedimiento a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal.

Para ello, deben cumplirse los requisitos de: conexión razonable por parte del tribunal extranjero con el litigio, que la resolución dictada en el extranjero sea susceptible de reconocimiento en España, y que sea considerable la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia a criterio del órgano jurisdiccional español.

No obstante, en el presente caso, la demanda de disolución del vínculo matrimonial se ha presentado primero ante los órganos jurisdiccionales españoles, por lo que no cabría la suspensión de este procedimiento en España por litispendencia internacional con base en la normativa de fuente interna reguladora de los problemas de aplicación de competencia, porque para que se plantee la litispendencia es necesario que el procedimiento idéntico esté pendiente en el extranjero en el momento de incoarse en España.

3.- Interposición de demanda por parte de M.Z de solicitud de custodia respecto de los dos menores en exclusiva a su favor y derecho de visitas frente a F.L. Determinación de la competencia y posibilidad de acumulación de acciones.

1. Estas cuestiones suscitan mayor complejidad. Con base en el art. 8 del RBII *bis*, se establece como regla general en materia responsabilidad parental, la competencia de los tribunales del Estado miembro donde tenga su residencia habitual el menor en el momento de presentación de la demanda. Por lo tanto, habría que determinar si España es o no la residencia habitual del menor.

2. El menor fue trasladado, de la que hasta el momento era su residencia, Florida, a España. A pesar de que en un principio el traslado era temporal -para una visita- los menores acabaron afincándose allí junto a su madre.

Para resolver la cuestión planteada debemos acudir a jurisprudencia del TJUE en esta materia. La STJUE, (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus–Finlandia*⁵; estableció una serie de circunstancias a tener en cuenta a la hora de determinar la residencia habitual del menor. En dicha STJUE se citan una serie de circunstancias que ha de valorar el juez antes de determinar la

⁵ Rec. 2009 I-02805

residencia habitual. A estos efectos cabe mencionar: la integración social, familiar, con qué regularidad, con qué condición y motivos permanece en ese determinado Estado, dónde se encuentra escolarizado, o las lenguas que es capaz de hablar el menor.

Ciertamente, si bien uno de ellos podría estar escolarizado ya que tiene edad suficiente para acudir a preescolar, cabe considerar la probabilidad de que estos criterios no resulten determinantes a la hora de establecer la residencia habitual del menor, y por tanto, dada la escasa edad de los menores resultarían determinantes otros factores.

En este sentido, el TJUE (Sala Primera), en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz*⁶ alude a los factores a los que tener en consideración para determinar la residencia habitual de un menor en edad no escolarizable. La Sentencia referida considera que corresponde a los tribunales del Estado miembro donde se presenta la demanda establecer cuál es la residencia habitual del menor; siendo la edad del menor uno de los elementos a tener en cuenta a la hora de determinar la residencia. Los factores a tener en cuenta no son los mismos en un menor en edad escolar que en los de uno de edad no escolarizable. De esta manera, en su apartado 54, el TJUE hace referencia al entorno familiar de un menor de corta edad como criterio determinante. El entorno familiar viene establecido por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él. Por tanto, siendo el entorno familiar de la madre el español, España podría ser considerada como la residencia habitual de los menores. Además, hay que tener en cuenta, la probable dependencia que tiene el menor de los dos niños, al tratarse de un recién nacido, respecto a su madre. A estos efectos, la Sentencia mencionada indica como ejemplo la dependencia materna de un menor lactante.

3. Por otra parte, el art. 12 del RBII *bis* regula la prórroga de competencia para los supuestos de órganos jurisdicciones que tengan establecida la misma con base en el art. 3, al estar conociendo de una demanda de disolución del vínculo matrimonial. Para que los tribunales españoles puedan ejercer esta competencia prorrogada ha de cumplirse los requisitos siguientes: *qué al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el*

⁶Rec 2010 I-14247

órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor. Por tanto, y teniendo en cuenta que ambos cónyuges ejercen la responsabilidad parental, los cónyuges tendrían que haber aceptado la sumisión ante los Tribunales españoles para que hubiera prórroga de competencia.

4. Por su parte, el art. 15 del RBII *bis*, establece la posibilidad de que un tribunal competente para conocer de un procedimiento considere que los tribunales de otro Estado miembro se encuentren en mejores condiciones para conocer del mismo. En este caso remitirá el procedimiento a los órganos jurisdiccionales de este otro Estado. Éste requisito se cumpliría si el menor tiene una vinculación especial con el Estado. Es el apartado 3 del citado precepto el que establece cinco supuestos en los que se considera que el menor tiene una vinculación especial: conversión de dicho Estado en la residencia habitual del menor tras la interposición de la demanda, residencia habitual del menor en dicho Estado, nacionalidad del menor, residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro. A estos efectos, resulta reseñable la reciente STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016, en el asunto C-428/15, *Child and Family Agency contra J.D.*⁷ En la referida Sentencia el TJUE sobre el mentado art. 15 establece que a la hora de remitir un asunto en materia de responsabilidad parental a otro Estado miembro que considera que se encuentra en mejores circunstancias para conocer del mismo se debe considerar si dicha remisión *puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor. En este contexto, puede tener en cuenta, entre otros, las normas procesales del otro Estado miembro, como las aplicables a la obtención de las pruebas necesarias para resolver el asunto.* Añade la STJUE respecto al hecho de que la remisión debe responder al interés superior del menor que para cumplir esta estipulación el tribunal competente ha de cerciorarse, considerando las circunstancias concretas del asunto, que la remisión que valora efectuar no incida de forma negativa sobre la situación del menor afectado- valorando para ello la posible incidencia negativa de dicha remisión sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor. Además, en este contexto, la STJUE otorga la posibilidad al tribunal competente, de

⁷CELEX 62015CA0428

decidir solicitar la remisión únicamente sobre una parte específica del asunto sí resulta recomendable de acuerdo a las circunstancias que rodean el asunto.

En este caso, los cuatro primeros supuestos otorgarían la competencia a los tribunales españoles, por lo tanto, sólo cabría la determinación de la competencia con base en este precepto legal si fueran los tribunales de otro Estado miembro los que estuvieran conociendo de la demanda, lo que no ocurre en este supuesto.

En cuanto al procedimiento de remisión, puede realizarse tanto a instancia de parte, como de oficio por el tribunal que está conociendo del caso o por iniciativa de los tribunales del otro Estado miembro; en estos dos últimos supuestos debe concurrir la aceptación expresa de al menos una de las partes.

4.- Interposición de demanda de paternidad por parte de F.L respecto del segundo menor. Competencia y posibilidad de la competencia prorrogada respecto a una eventual demanda de alimentos.

1. El art. 1 apartado 3 letra a) del RBII *bis* excluye expresamente a la filiación de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, sería el sistema interno de competencia del Estado español el que determinaría si sus tribunales son competentes para conocer de una eventual demanda de filiación.

El art. 22 *quáter* apartado d) de la LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles en casos de demanda de filiación cuando *el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*. Consecuentemente, al ser la residencia del menor recién nacido la española, los tribunales de este Estado serían competentes para conocer de una posible demanda de filiación, con independencia de que el domicilio legal de los menores se hallase en EEUU⁸.

En el supuesto en el que fuera M.Z quién, en nombre de sus hijos, interpusiera la demanda de filiación, los tribunales españoles también serían competentes para conocer de la referida demanda con base en el art. 22 *quáter* apartado d) de la LOPJ al ser la

⁸Sobre esta cuestión de diferencia entre residencia habitual y domicilio legal respecto al foro de competencia previsto en el art. 22 *quáter* letra d) *vid*, GARCIMARTÍN ALFEREZ, FJ. “*Derecho Internacional Privado*” *ob.cit.* Pág 159.

nacionalidad de M.Z española y/o llevar residiendo habitualmente en España al menos seis meses antes de la presentación de la demanda de filiación.

2. Por otra parte, en el supuesto de una eventual demanda de reclamación de alimentos, podría determinarse la prórroga de la competencia de los tribunales españoles por estar conociendo de la demanda de filiación con base en el art. 3 letra c) del RBIII, siempre que la competencia no se haya basado únicamente en la nacionalidad de M.Z. En efecto, el citado precepto prevé *la competencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes*. Por tanto la única posibilidad de prórroga de la competencia sería si los tribunales españoles hubieran determinado su competencia para conocer de la acción de filiación con base en la residencia habitual de los menores y/o en la residencia habitual del demandante de al menos seis meses antes desde la interposición de la demanda.

Sin embargo, no cabría plantearse la hipótesis de prórroga de competencia para conocer de filiación como acción conexa a la responsabilidad parental dado que esta posibilidad no está contemplada en el instrumento de base: el RBII *bis* a diferencia de lo que ocurre con el RBIII, y tampoco el sistema aplicable, esto es, la LOPJ, recoge esa posibilidad – mediante remisión a la norma de competencia competente-.

5.-Solicitud y adopción de medidas cautelares por parte de F. L. en relación con los bienes de titularidad de los menores. Competencia y procedimiento. Efectos sobre la competencia del Tribunal que posteriormente conocerá del fondo del asunto.

1. El instrumento aplicable a la determinación de la competencia en esta materia es el RBII *bis* en virtud de lo preceptuado en su art. 2 apartado 7, artículo que define los conceptos que abarcan el ámbito material del citado texto legal.

Según se indica en el considerando 9 del RBII *bis*, en lo que a los bienes del menor se refiere, este sólo se aplica a las medidas dirigidas a su protección. Estas medidas, entre otras, son la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia; y las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor.

El art. 20.1 del RBII *bis* establece que en caso de urgencia, no se impedirá que otro Estado miembro adopte medidas provisionales o cautelares que se regulen en su propia legislación en cuanto a bienes que se encuentren en dicho Estado miembro, aunque no fuera competente para conocer respecto al fondo. Por tanto, en el caso en el que urgiera la resolución de la demanda de medidas cautelares, los tribunales griegos serían competentes para conocer de la misma, con independencia de que luego sean los Tribunales de otro Estado Miembro, en este caso España, competentes para conocer del fondo del asunto.

2. Por su parte, los órganos jurisdiccionales españoles podrían declararse competentes para conocer de las referidas medidas como tribunal que conoce del fondo del asunto con base en el art. 8 apartado 1 del RBII *bis*, que establece la competencia en materia de responsabilidad parental de los tribunales dónde tenga establecida el menor su residencia habitual. En este sentido, dentro del ámbito de la materia de responsabilidad parental se incluye tanto a la persona del menor como a sus bienes, de acuerdo con el ya referido art. 2 apartado 7 del Reglamento.

En el caso de que fueran los tribunales españoles quienes conocieran de estas medidas para que se hiciera efectiva una eventual resolución en esta materia sería necesario acudir al procedimiento de reconocimiento y ejecución previsto en el RBII *bis*, ya que los bienes inmuebles sobre los cuales se solicitan las medidas se encuentran en Grecia. A estos efectos, la resolución recaída en España será reconocida en Grecia en virtud de lo preceptuado en el art. 21 apartado 1 del RBII *bis* salvo que concurra alguno de los motivos de denegación previstos en el art. 23. Estas medidas no son automáticamente ejecutivas por lo que para hacer efectiva dicha reconocimiento es necesario solicitar la ejecución de las mismas que lleva aparejado el reconocimiento. El art. 28 apartado 1 define las resoluciones en materia de responsabilidad parental con respecto a un menor en relación a las cuales es posible solicitar la ejecutoriedad en otro Estado miembro, de esta manera, el citado precepto establece que *las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado*. El procedimiento a seguir para llevar a cabo dicha ejecución es el establecido en la Sección 2 del Capítulo 3 del RBII *bis*. De esta manera, la competencia territorial se determina en función de la residencia

habitual de la persona contra la que se solicita la ejecución. En cuanto a las modalidades de presentación se refiere el art. 30 apartado 1 establece que están se determinarán con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido, añadiendo el apartado 2 que el solicitante debe elegir un domicilio en dicho Estado para notificaciones. Sin embargo, si la legislación de dicho Estado no prevé esta elección el solicitante tendrá que designar un representante procesal. La notificación de la resolución se realiza conforme *con las modalidades determinadas por la legislación del Estado miembro requerido*.

3. En relación a las medidas concretas que serían de aplicación es necesario determinar cuál sería la ley reguladora de las mismas. En este sentido, la ley aplicable a las medidas de carácter provisional es la ley del foro conforme a la regla *lex fori regit processum*, recogida en el ordenamiento jurídico español en el art.3 de la LEC. Esta norma obedece al principio territorialidad y en el carácter público del derecho procesal. Por tanto, si los tribunales españoles son quienes conocen de las medidas cautelares aplicarán su legislación.

4. En cuanto a la ley aplicable las medidas definitivas, a falta de regulación por parte del DUE sobre la ley aplicable en materia de responsabilidad parental, es el CH96 el instrumento que establece la ley aplicable a estas medidas. El art. 15 apartado 1 del citado texto legal establece que las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley, no obstante, el apartado 2 prevé de manera excepcional la aplicación de la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera. Por tanto, salvo que se requiera la aplicación de la ley de otro Estado, si los tribunales griegos conocen de las medidas se aplicarán las medidas que prevén en su propia ley, y si son los españoles será de aplicación lo previsto en el art. 103 apartado 1º del CC, ello respecto a la administración del patrimonio del menor.

5. Respecto a la posible afectación de la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que esté conociendo de la demanda de responsabilidad parental, en este caso España; debemos determinar si podríamos estar o no ante un supuesto de litispendencia con base en el art. 19.2 del RBII *bis*. Como regla general este precepto prevé la suspensión del procedimiento por parte de los tribunales del Estado miembro donde se haya interpuesto la segunda demanda con mismo objeto, misma causa de pedir e identidad de partes. Sin embargo, en el presente caso, la primera demanda interpuesta ante los tribunales griegos era de solicitud de adopción de medidas

cautelares sobre los bienes del menor. El TJUE (Sala Segunda) en Sentencia de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-296/10 *Bianca Purucker contra Guillermo Vallés Pérez*,⁹ determinó que el art. 19 apartado 2 del RBII *bis* no es de aplicación cuando, en la primera demanda que se ha presentado ante un tribunal de un Estado miembro, sólo se solicita que se resuelva sobre la adopción de las medidas cautelares, mientras que en segundo, competente para conocer del fondo del asunto, *se le presenta en segundo lugar una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional o sea con carácter definitivo*.

A su vez, el art. 20 del RBII *bis* no puede ser un obstáculo para la interposición de la demanda ante el tribunal competente para conocer del fondo del asunto, ya que el citado precepto no atribuye al tribunal que este conociendo de las medidas cautelares la competencia para conocer del fondo.

Por tanto, según doctrina del TJUE no existiría litispendencia si se ha interpuesto una demanda ante los órganos jurisdiccionales de España sobre responsabilidad parental habiendo previamente interpuesto una solicitando la adopción de medidas cautelares sobre los bienes de los menores ante los tribunales griegos; debiendo además, con base en lo predispuesto en el art. 20 apartado 1 del RBII *bis*, dejar de ser de aplicación las medidas adoptadas por los tribunales griegos cuando los españoles hayan adoptado dichas medidas como definitivas.

6.- Interposición de demanda de responsabilidad parental por parte de F.L en Dinamarca. De la competencia de los tribunales daneses en materia de responsabilidad parental.

1. Respecto a la posibilidad por parte de F.L de reclamar la competencia en materia de responsabilidad parental de los órganos jurisdiccionales daneses, se debe acudir al CH96 para determinar su competencia.

A pesar de que Dinamarca es un Estado miembro de la UE, no cabría determinar la competencia de sus Tribunales con base en el RBII *bis*. La razón de esa no vinculación se encuentra en que Dinamarca ha ejercitado *opting out* -o cláusula de exención- respecto del ámbito de cooperación judicial contemplado en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, previstos en el Título V del TFUE, ello sin perjuicio de que pueda,

⁹ Rec. 2010 I-11163

posteriormente, ejercitar el *opting in* o cláusula de inclusión respecto de este instrumento, en cuyo caso quedará vinculado por el mismo.

Descartada la aplicación del RBII *bis*, los tribunales daneses habrán de determinar su competencia con base en el CH96. El art. 5 del citado Convenio prevé la competencia de los tribunales del Estado contratante en que tenga su residencia habitual el menor en materia de adopción de las medidas para la protección de su persona o de sus bienes, que en este caso sería España. Por tanto, la única posibilidad que tiene Dinamarca es establecer su competencia con base en el art. 8.1 y 8.2 letra a) del CH96. El citado precepto prevé la posibilidad de que el Estado competente solicite a otro Estado la competencia para que adopte las medidas necesarias. Esta remisión por parte de los Estados españoles vendría bajo la premisa del interés del menor, es decir, que dado el vínculo estrecho que tiene el menor con el Estado, los tribunales daneses se encuentran en mejores circunstancias para conocer la demanda. Es el apartado 2 de este art. 8 el que determina cuándo estamos ante estas condiciones, siendo en el presente caso aplicable la letra a) ya que ambos menores tienen la doble nacionalidad española y danesa, por tanto Dinamarca es un Estado del que son nacionales los menores.

2. Por su parte, los propios tribunales daneses podrían solicitar a los tribunales españoles permiso para ejercer la competencia sobre la demanda de responsabilidad parental o invitar a F.L y M.Z a presentar la mencionada petición ante los tribunales españoles, con base en el art.9 del CH96. En efecto, el citado precepto establece que si las autoridades de los Estados mencionados en el art. 8 apartado 2 consideran que están en mejor situación para conocer del asunto bajo la premisa del interés superior del menor podrán con base en el art. 9 apartado 1 ya sea *solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño*. El apartado 2 del citado artículo otorga a ambas autoridades la posibilidad de realizar un intercambio de opiniones.

En cualquier caso, el apartado 3 del art. 9 establece que la autoridad que solicita ejercer la competencia sólo podrá hacerlo con el permiso de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del menor. Por tanto, si los tribunales daneses quisieran ejercer la competencia con base en el citado precepto, y dado que la residencia de los menores

están en España y la jurisdicción española es la competente en virtud del art. 5 del RBII *bis*, necesitarán permiso de los tribunales españoles para poder ejercerla.

3. Respecto a una posible prórroga de la competencia por parte de los tribunales competentes para conocer sobre la acción de crisis matrimonial para conocer de la acción accesoria de responsabilidad parental, el CH96 no contempla este supuesto. Por lo tanto, no cabría determinar la competencia de los tribunales daneses para conocer de la acción de responsabilidad parental por ejercer la competencia sobre la acción de disolución del vínculo matrimonial con base en el CH96. En cuanto a la prórroga de competencia de los tribunales que estén conociendo de la acción de responsabilidad parental para conocer de la acción de disolución del vínculo matrimonial habría que acudir al sistema interno de determinación de competencia danés en materia de crisis matrimonial para establecer si cabría o no determinar su competencia por este motivo.

7.- Posibilidad de planteamiento de sustracción internacional. Efectos de una eventual resolución de retorno o restitución de los menores en los litigios sobre responsabilidad parental de los menores.

En relación a una posible sustracción internacional de menores, el instrumento jurídico que se aplica a una solicitud de retorno por parte de EEUU a España es el CH80 ya que ambos estados han aceptado o ratificado este texto legal.

1. Lo primero que ha de determinarse es qué se entiende por sustracción ilegal de menores y si en el presente caso nos encontraríamos ante uno, para ello el art. 3 del CH80 nos otorga dos supuestos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El presente supuesto cumple el requisito establecido en la letra b), al tratarse de un derecho ejercido de forma efectiva ambos cónyuges, los cuáles residían conjuntamente en su casa de Florida hasta el traslado de M.Z a España con el menor. Por tanto, podría

plantearse una orden de restitución del menor por parte del Estado de Florida en EEUU (Estado requirente), a España (Estado requerido). Para ello debe previamente verificarse que se cumplan los requisitos y condiciones previstos para ello.

2. En cuanto a la restitución se refiere, primeramente ha de determinarse qué norma internacional es la aplicable a este procedimiento. Siguiendo al principio de primacía del DUE, por el cual las normas europeas prevalecen sobre el Derecho nacional de los Estados miembros y sobre los demás tratados internacionales; sería el art. 11 del RBII *bis*, la primera norma a la que acudir. Sin embargo, el mismo precepto establece que este procedimiento es de aplicación entre los Estados miembros, por lo que, no siéndolo EEUU, el Reglamento no es de aplicación al presente supuesto.

Una vez descartada la aplicación del art. 11 del RBII *bis*, es el procedimiento del CH80, regulado en los art. 8 a 19 el que ha de aplicarse a este caso concreto.

3. El CH80 se encuentra ratificado tanto por España como por EEUU, y los tratados internacionales, según la jerarquía normativa de derecho internacional, son de aplicación preferente al sistema interno.

En los citados preceptos normativos se dispone que quién sostenga que un menor ha sido ilícitamente trasladado debe dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor (requirente), o de cualquier otro Estado contratante del Convenio (requerido), para solicitar la restitución. Esta solicitud será trasladada a la de la Autoridad Central en la que se encuentra el menor, en este caso España, para que proceda a ordenar su devolución con carácter urgente e inmediato salvo que haya sido solicitada directamente en España como Estado contratante del Convenio.

En el caso de que la autoridad competente no llegue a una decisión en seis semanas desde que se inicia el procedimiento, *la Autoridad Central del Estado requerido, bien por propia iniciativa, o bien a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a solicitar una declaración sobre las razones de la demora.*

Si en el momento de inicio del procedimiento de restitución ha transcurrido un periodo inferior a un año desde que se produjo el traslado, se ordenará la devolución inmediata del menor salvo que se dé una de las siguientes causas de denegación previstas en el art. 13 del Convenio: *la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en*

que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Por tanto, existe la posibilidad de que F.L haya dado su consentimiento tácito o por omisión o posteriormente aceptado dicho traslado o retención, en cuyo caso la autoridad competente en España podrá negarse a la restitución. Además, el mismo art. 12 párrafo 2º prevé la posibilidad de oponerse a dicha restitución si transcurrido un año desde el traslado del menor *queda demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.*

4. Por otra parte, cabe mencionar entre los motivos de no restitución, el interés superior del menor. El interés superior del menor viene recogido en el art.3 apartado 1 de la CDN que dispone que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* En cuanto a la delimitación de este concepto jurídico indeterminado la Observación General núm. 14 sobre el Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial de 29 de mayo de 2013 ¹⁰ estableció que *el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales*¹¹. Es importante aclarar que no siempre se ha considerado válido este criterio de no restitución del menor. A estos efectos, la STEDH (Sección Duodécima) Requerimiento núm. 60328/09 de 3 de mayo de 2012 *İlker Ensar Uyanik contra Turquía*¹², en un supuesto de una menor de apenas 25 meses en estado de lactancia, que fue trasladada ilícitamente por su madre de EEUU a Turquía, consideró que la decisión por parte del tribunal turco de no restitución de acuerdo a su interés superior de permanecer con su madre, dada su dependencia, obedecía más bien al interés de la madre. En relación a este interés, considera el TEDH, la corta edad del menor por sí sola no es justificación suficiente para negarse a restituir al menor. Sin embargo, es reseñable, un supuesto en el que sí se ha decidido la no restitución con base en el interés superior del menor. De esta

¹⁰ CRC/C/GC/14

¹¹ Cf. Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3 párr. 1) párr. 32

¹² HC/E/1169

manera, la STEDH (Gran Sala) Requerimiento núm. 41615/07 de 6 de julio de 2010 *Neulinger y Shuruk contra Suiza*¹³, acordó con base en el interés superior del menor, que éste continuara su residencia en Suiza con su madre donde fue trasladado ilícitamente, razonado que el menor estaba integrado en su entorno actual. En cualquier caso, esta última sentencia supone una separación por parte del TEDH de la línea jurisprudencial llevada a cabo hasta el momento, que entendía que el interés superior del menor iba ligado a la restitución del mismo al Estado del que había sido trasladado. Prueba de ello es la posterior STEDH (Sección Tercera) Requerimiento núm. 27853/09 de 13 de diciembre de 2011 *Asunto X contra Letonia*,¹⁴ en la que, a pesar de que se condena a Letonia por la restitución del menor al no cumplirse los requisitos del art. 8 del CEDH relativo al Derecho al respeto a la vida privada y familiar, vuelve a mencionar que el interés superior del menor está relacionado con la restitución del mismo.

5. Por lo que respecta al sistema español, resulta reseñable el art. 2 de la LOPJM que tras la modificación realizada por la Ley 8/2015, delimita el concepto de interés superior del menor. En efecto, el apartado 2 del citado precepto establece los criterios generales a tener en consideración a la hora de aplicar e interpretar el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor por los tribunales españoles: *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia; y la preservación*

¹³ HC/E/1323

¹⁴ HC/E/ 1234

de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Estos criterios, serán ponderados teniendo en consideración los elementos recogidos en el apartado 3 del mentado art. 2: la edad y madurez, garantizarla igualdad y no discriminación, transcurso del tiempo en su desarrollo, la estabilidad de las soluciones adoptadas para su integración y desarrollo en la sociedad, así como minimizar los riesgos que cualquier cambio pueda tener en la personalidad del menor en el futuro; y otros elementos que puedan ser pertinentes en el supuesto concreto. Por tanto, los tribunales españoles tendrán que aplicar estos criterios a la hora de interpretar el interés superior del menor en relación a si procede o no la restitución de los menores trasladados a España.

6. A su vez, existe también un procedimiento específico para la restitución del menor en caso de traslado o retención de un menor dentro del sistema interno español. Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 778 *quáter*, *quincies* de la LEC y se procederá conforme al mismo siempre que sea de aplicación convenio internacional o las disposiciones de la UE. Por tanto, al ser de aplicación al presente supuesto el CH80, también lo es el procedimiento previsto en los arts. 778 *quáter* y *quincies*. Los citados preceptos establecen la competencia *del Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia, de Ceuta o Melilla, con competencia en materia de familia en cuya circunscripción se encuentre el menor*. El procedimiento podrá ser promovido a instancia de quién tenga atribuida la guarda o custodia o un régimen de visitas del menor, la Autoridad central española encargada del procedimiento según el Convenio, en este caso el CH80; en su caso, en representación de ésta, la persona designada por la referida autoridad. Este procedimiento tiene carácter de urgente y preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas en ambas instancias, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan. Este procedimiento se inicia por demanda que solicite la restitución del menor o su retorno al lugar donde provenía. Por su parte, el art. 778 *sexies* de la LEC establece que cualquier persona interesada al margen del proceso que se inicie de solicitud de restitución del menor, podrá dirigirse a la autoridad judicial competente en España para conocer del fondo del asunto, con el objeto de declarar el traslado o retención del menor como ilícito. De esta manera, la autoridad competente para *emitir una decisión o una certificación del art. 15 del CH80 sobre los*

aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el art. 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

7. Por último, en cuanto a la influencia que pueda tener una resolución sobre custodia en el procedimiento sobre responsabilidad parental, el art. 17 CH80 establece que la existencia de una decisión sobre la custodia del menor o su posible reconocimiento posterior, no justifica negarse a restituir al menor. Sin embargo, los motivos para adoptar dicha decisión podrá ser considerada al aplicar el Convenio.

7.2. Efectos sobre la competencia judicial en materia de responsabilidad parental.

En relación a la competencia judicial, la competencia habrá de determinarse conforme a al sistema de fuentes de DIPr de cada Estado.

8. Los tribunales españoles serían competentes para conocer de una eventual demanda sobre responsabilidad parental, si el traslado del menor ha sido lícito al considerarse España la residencia habitual del menor de acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales previamente citados; y lo serían con base en el art. 8 apartado 1 del RBII *bis*, al ser España la residencia habitual del menor.

9. Por su parte, el art. 10 del RBII *bis* otorga la conservación de la competencia de los tribunales del Estado miembro donde el menor residía habitualmente antes de su traslado o retención hasta que adquiriera otra residencia habitual en otro Estado miembro y quién tenga la custodia del menor dé su expreso consentimiento a ese traslado o retención, o transcurrido un año desde que se debiera tener conocimiento por parte de quién ostenta la custodia no se haya presentado demanda, es decir, que exista consentimiento tácito. Además, el menor debe de estar integrado en el nuevo entorno y se cumplan los requisitos previstos en el citado precepto. Sin embargo, en el presente supuesto, aunque existiera una aceptación ya sea expresa o tácita por parte F.L al traslado del menor, no sería de aplicación el art. 10 del RBII *bis*, ya que la misma sólo

se prevé respecto a Estados miembros, y en este caso el lugar de origen del menor trasladado a España es EEUU.

Por lo tanto, en ausencia de aplicación del RBII *bis* y del CH96, en el supuesto, en el que las autoridades españolas aún no hayan sido informadas del traslado o retención del menor, o haya transcurrido un año y no se haya denunciado dicho traslado, cabe preguntarse si los tribunales españoles pueden entrar a conocer del procedimiento de responsabilidad parental, o si por el contrario deben entender que no son competentes al no tener los menores aún residencia habitual efectiva en España-reconociendo implícitamente la prórroga de competencia de EEUU como Estado de residencia habitual anterior de los menores-.A estos efectos, el art. 16 CH80 prevé la suspensión del procedimiento de responsabilidad parental tras haber sido informadas las autoridades de un traslado o retención ilícitos de un menor hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del CH80 para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud del Convenio. Por tanto, dada cuenta de lo preceptuado en el referido art. 16 CH80, a falta de conocimiento por parte de los tribunales de una demanda de restitución por sustracción, se entendería que no existe impedimento para que los tribunales españoles puedan comenzar a conocer del procedimiento de responsabilidad parental. Esta afirmación reside en una supuesta aceptación tácita por parte del otro progenitor al traslado del menor, ello que, al no haberse denunciado los tribunales españoles no debería considerarse que el menor haya sido trasladado ilícitamente a España.

10. En cambio, en el supuesto, en el que si existe demanda de restitución de los menores por traslado ilícito por los cauces del CH80, pero se determina que no se proceda a la restitución del menor por concurrir alguno de los supuestos previstos en los arts. 12 párrafo 2º y/o 13 del mismo Convenio, habría que establecer cuál es la residencia habitual del menor en aras a determinar si los tribunales españoles son competentes para conocer de la demanda de responsabilidad parental. De esta manera, como se ha explicado *ut supra* el art. 16 del Convenio impide al Estado donde ha sido trasladado el menor conocer sobre las cuestiones de fondo hasta que se decida que no se reúnen las condiciones para restituir al menor que prevé el mismo Convenio o hasta que haya transcurrido un tiempo sin que se haya presentado solicitud. En efecto, este artículo paraliza el procedimiento sobre responsabilidad parental hasta que se restituya al menor,

no pudiendo por tanto España establecer su competencia si se le restituye. Así lo ha interpretado la STS (Sala Primera) 604/1998 de 22 de junio¹⁵. Por su parte, realizando una interpretación a *sensu contrario*, cabría entender que los Tribunales españoles sí podrían entrar a conocer del fondo del asunto si finalmente se determina que no se acuerda la restitución.

11. Finalmente, si efectivamente ha existido un traslado ilícito del menor, y se ha determinado la restitución del mismo con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1980, la residencia habitual del menor no es España sino EEUU. En este caso, los tribunales del Estado de Florida determinarían su competencia con base en su sistema interno de competencia internacional.

8.-Eventual reclamación de alimentos por parte de M.Z. frente a F. L., a) pensión compensatoria para ella; y b) pensión alimentos para los menores. Foro dónde litigar y posibilidad de acumular acciones en cada caso.

1. El régimen de alimentos está expresamente excluido del RBII *bis*, para saber si un Estado miembro de la UE es competente para conocer de una demanda de alimentos será necesario acudir al RBIII. Para determinar su aplicación se deben cumplir los siguientes ámbitos de aplicación:

a) Ámbito temporal: Para ello la fecha de interposición de la demanda debe de ser, de acuerdo al art. 76 del Reglamento, posterior al 18 de junio de 2011.

b) Ámbito espacial: El art. 3 de Reglamento regula los foros de competencia en materia de alimentos. En este sentido, prevé diversas situaciones de determinación de la competencia, no estando vinculada esta únicamente al domicilio del demandado, pudiendo considerarse por tanto de aplicación universal. Por ello, el Reglamento *hace inviable una eventual remisión a los sistemas internos de competencia jurídica internacional de los Estados Miembros*.¹⁶

c) Ámbito material: En este caso lo constituye la materia cubierta por el instrumento. De conformidad con el art. 1 a) del Reglamento se trata del conocimiento sobre las

¹⁵ ROJ 4153/1998

¹⁶ Cf. ESPLUGES MOTA, C; IGLESIAS BUHIGUES, J.L; PALAO MORENO, G: *Derecho Internacional Privado* Ed. Tirant lo Blanch 10ª Edición. Valencia, 2016. Página 528.

obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.

Por tanto, se cumplen todos los ámbitos de aplicación del RBIII, consecuentemente, es el art. 3, el que determinará la posible competencia de los tribunales españoles.

2. En cuanto a los foros de competencia que se regulan en el citado texto legal, hay que diferenciar dos supuestos distintos para este caso concreto:

El primero de ellos, sería el supuesto en el que las demandas de reclamación de alimentos de pensión compensatoria y respecto de los menores planteadas por M.Z frente a F.L fuera independiente de las demandas previas de disolución del vínculo matrimonial y de responsabilidad parental, respectivamente.

En este caso, el art.3 letra b) del citado Reglamento daría la competencia a los tribunales españoles, para conocer de ambas acciones ya que es en España donde la acreedora tiene su residencia habitual. Sin embargo, la letra a) del referido precepto no es aplicable al ser la residencia habitual del demandado, F.L, el Estado de Florida en EEUU un Estado no miembro.

Por su parte, el art. 4 del RBIII prevé la elección del foro por parte de las partes para conocer de la acción de reclamación de alimentos entre el tribunal del Estado miembro en el que una de las partes tenga su residencia habitual y el tribunal de Estado miembro en el que tenga su nacionalidad alguna de las partes. Por tanto, las partes podrían haber escogido previamente entre los tribunales españoles, como residencia habitual y nacionalidad de una de las partes; o de Dinamarca, también como nacionalidad de la parte. En cuanto a las obligaciones de alimentos entre cónyuges: el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios en materia matrimonial y aquel en dónde hayan tenido o su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año. En este caso, las partes podrían escoger a los tribunales españoles sólo con base en el primer supuesto.

Además, en virtud del art. 5 cabe la determinación de la competencia por la mera comparecencia del demandado ante un órgano jurisdiccional. No siendo de aplicación si la comparecencia tuviera como objeto impugnar la competencia.

4. El segundo supuesto, sería la posibilidad de prorrogar la competencia de los tribunales que estén conociendo de la disolución del vínculo matrimonial o de

responsabilidad parental pueda conocer también de las acciones de reclamación de alimentos compensatoria, en el caso de los tribunales que estén conociendo del procedimiento de crisis matrimonial, y de responsabilidad parental. A estos efectos, la competencia podría determinarse con base en la letra c) del art. 3 del RBIII-, los cuales otorgarían la competencia a los tribunales españoles respecto a la demanda de pensión compensatoria si estos efectivamente están conociendo de la demanda de disolución del vínculo matrimonial. Por su parte, respecto a la acción de pensión de alimentos a favor de los menores, los tribunales españoles que estuvieran conociendo de los procedimientos de filiación- relativo al estado de las personas- y/o de la de responsabilidad parental podrían declararse competentes en virtud de lo preceptuado en el art. 3 letras c) y d) respectivamente, o incluso de los tribunales que estén conociendo de la disolución del vínculo matrimonial si prorrogaron su competencia a la acción de responsabilidad parental.

A su vez, en el caso en el que fueran tribunales de Estados miembros distintos los que estuvieran conociendo de las demandas de responsabilidad parental y disolución del vínculo matrimonial respectivamente, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE a la hora de determinar la posible prórroga de la competencia de estos tribunales para conocer de las demandas de solicitud de alimentos. En este sentido, según la STJUE (Sala Tercera) de 16 de julio de 2015, en el asunto C-184/14, *A contra B*,¹⁷ respecto de la demanda relativa a la petición de alimentos de los hijos sólo cabría la prórroga de la competencia de los tribunales que están conociendo del procedimiento de responsabilidad parental. Este punto sería exclusivamente para el caso de la obligación de alimentos respecto a los menores, lo que supondría que respecto de la de pensión de alimentos de M.Z la prórroga de la competencia sería la de los tribunales que están conociendo de la demanda de disolución del vínculo matrimonial.

Por tanto, en el supuesto en el que se considerara que la residencia habitual de los menores no es España, con base en el art. 3 del RBIII los Tribunales españoles sólo serían competentes para conocer de la demanda de reclamación de alimentos de los menores, si previamente se hubiera declarado, conforme al art. 12 del RBII *bis*, la prórroga de la competencia de los Tribunales españoles por ser competentes para conocer de la acción de disolución del vínculo matrimonial. Este razonamiento se

¹⁷CELEX 62014CA0184

fundamenta en que de lo contrario ni la residencia habitual del menor ni del acreedor estarían en España, y tampoco podría acumularse a una acción anterior.

5. Ante esta situación, y siempre que no hubiera elección del foro o se cumpliera el requisito del art. 5 RBIII, el art. 6 del mismo Reglamento otorgaría la competencia a los órganos jurisdiccionales de Dinamarca respecto a la acción de reclamación de alimentos a favor de los menores, ello con base en la nacionalidad común de ambas partes- los menores poseen la doble nacionalidad española y danesa y el demandado es nacional danés-. En efecto, el citado precepto establece que *1 de un Estado miembro fuera competente con arreglo a las normas de los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento y ningún órgano jurisdiccional de un Estado parte en el Convenio de Lugano que no sea un Estado miembro sea competente con arreglo a lo dispuesto en dicho Convenio, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan nacionalidad común.*

6. Por último, el art. 7 RBIII prevé el *fórum necessitatis*, en virtud del cual *cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los arts. 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. El litigio debe guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él.*

9.-Notificación y traslado de todas las demandas y documentos: marco jurídico entre EEUU y España.

En cuanto a la notificación y traslado de todos los documentos del presente proceso, habrá de determinarse con base en qué norma se procederá a ello.

1. F.L tiene su residencia establecida en EEUU, en consecuencia, al no ser este Estado miembro de la UE, queda descartada la aplicación de cualquier Reglamento de la UE. Por tanto, siguiendo la prelación de normas de Derecho internacional, lo siguiente sería determinar si existe algún tratado internacional ratificado por España y EEUU en esta materia.

De esta forma, se encuentra, por una parte la Convención Interamericana de 1975, y por otra el CH65. En principio, la Convención Interamericana de 1975 sería aplicable al

presente supuesto sobre el CH65 desde la perspectiva española con base en lo dispuesto en el art. 30 apartado 3 de la Convención de Viena de 1969. Esta convención regula los tratados sucesivos y por el que se establece el principio *lex posterior* desplaza a *lex anterior*. Es decir, cuando las partes de un tratado lo sean también en otro posterior sobre la misma materia, será de aplicación este último, sólo siéndolo el primero en la medida en que no sea incompatible con el que ha sido publicado posteriormente. Sin embargo, EEUU ha formulado una reserva en su ratificación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19 de la Convención de Viena de 1969, a la aplicación de la Convención Interamericana de 1975. En dicha reserva los *EEUU aceptan su entrada en vigor y asumen las relaciones que se derivan del tratado únicamente con respecto a los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido al Protocolo Adicional así como a la Convención Interamericana, y no con respecto a Estados que hayan ratificado o se hayan adherido sólo a la Convención Interamericana*. España, si bien formuló su adhesión a la Convención Interamericana de 1975 el 7 de agosto de 1987, no ha ratificado ni se ha adherido al referido Protocolo. Por tanto, pese a estar dentro de su ámbito de aplicación, en virtud del art. 21 apartado a) de la Convención de Viena de 1969, la vigente reserva formulada por EEUU hace que la Convención Interamericana de 1975 no sea aplicable entre las relaciones de EEUU y España.

En consecuencia, dada la no aplicabilidad de la Convención Interamericana de 1975, el siguiente instrumento aplicable es el CH65. Dicho convenio se aplica tanto en materia civil como mercantil cuando se deba notificar o trasladar documentos de carácter judicial o extrajudicial a un Estado extranjero, pero este no se aplicará si resulta desconocida la dirección del destinatario del mismo.

2. El procedimiento previsto en este instrumento regula la notificación y el traslado de los documentos judiciales entre personas que se encuentran en el extranjero. Dicho procedimiento consiste en realizar una petición al Estado requerido, en este caso EEUU como domicilio del demandado al que hay que notificar los documentos judiciales españoles, a través de un organismo denominado Autoridad Central y designado por cada Estado contratante. Este último procederá a la notificación o traslado de los documento, a través de dos sistemas: el primero, *según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que se destinen a personas que se encuentren en su territorio, o según la forma particular solicitada por el requirente, siempre que no resulte*

*incompatible con la ley del Estado requerido.*¹⁸ Sin embargo, el mismo convenio, en su art. 11, admite la posibilidad de que los mismos Estados utilicen otras vías de transmisión distintas.

10.-Efectos sobre el caso si F. L. estableciera su residencia en Dinamarca.

1. En el supuesto en el que el domicilio de F.L estuviera en Dinamarca, en lugar de Florida, las normas internacionales de determinación de competencia varían en algunos supuestos que se exponen a continuación:

1. Respecto a la demanda de divorcio de M.Z, la determinación de la competencia de los Tribunales daneses no puede realizarse con base en el RBII *bis*, debido a la cláusula de exención u *opting out* previsto por Dinamarca dentro de su tratado de adhesión firmado el 22 de enero de 1972. Por lo tanto, su competencia debería de estudiarse con arreglo a su sistema interno de determinación de competencia al no existir en esta materia convenio bilateral o multilateral con España.

2. En relación a la filiación, se estaría ante la misma situación y habría que acudir al sistema interno de competencia para poder determinar si sus tribunales serían o no competentes para conocer de una demanda de filiación.

3. En el supuesto en el que hubiera una demanda de sustracción ilegal de menores, la competencia de los tribunales daneses, tras ser descartada la aplicación del Reglamento RBII *bis*, se establecería con base en el CH96 de acuerdo al principio de primacía de los convenios suscritos que forman parte del ordenamiento del Estado signatario. Este principio establece que en caso de conflicto los tratados internacionales son de aplicación preferente respecto al derecho interno de los Estados. Sin embargo, la aplicación de este Convenio está condicionada a la residencia de los menores en un Estado contratante del Convenio. Por su parte, ha de tenerse en cuenta, que si dicho Estado contratante del cual es residente el menor es también Estado miembro será de aplicación prioritaria el RBII *bis* en virtud de lo preceptuado en el art. 61 del citado texto legal. En este sentido, en materia de responsabilidad parental el art. 5 del CH96 otorga la competencia a los tribunales del Estado donde reside habitualmente el menor, en este caso España. Por tanto, los tribunales daneses tendrían que recurrir al art. 8 del

¹⁸Cf. Art. 5, Párrafo 1º del Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial

citado texto legal, el cual les otorgaría la competencia por ser la danesa una de las nacionalidades del menor.

Por otra parte, en el supuesto en el que, efectivamente hubiera habido una sustracción internacional de menores, es el art. 7 del CH96 el que establecerá la competencia de los tribunales del Estado donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado. Condicionado a la no adquisición de una nueva residencia habitual en España, y que no haya residido allí más de un año, ni exista consentimiento por parte de F.L. Cabe destacar que estos términos son los mismos que los previstos en el RBII *bis*.

Si por el contrario, no hubiera habido una sustracción ilegal, conforme a lo dispuesto en el art. 5 apartado 2 del CH96, los tribunales españoles serían competentes para adoptar las medidas necesarias para la protección de los menores y sus bienes.

En cuanto a la ya posible existencia de una resolución de restitución del menor, el CLUX80 será el instrumento de aplicación para conseguir la eficacia transfronteriza de dicha resolución entre los Estados implicados (reconocimiento y ejecución) así como, en su caso, para obtener la restitución del menor tras la declaración de su traslado ilícito. Respecto de esta última cuestión es el art. 8 de dicho Convenio el que regula los supuestos en los se procederá a la restitución inmediata del menor: *cuando en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si este se produjo con anterioridad, el menor y sus padres no tengan más nacionalidad que la de dicho Estado y el menor tenga residencia habitual en el territorio de dicho Estado; o se haya dirigido a una autoridad central una solicitud de restitución, dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho*. Estos requisitos no se cumplen en el presente caso ya que el menor no tiene como única nacionalidad la danesa, y, en cualquier caso, sería necesario que su residencia habitual estuviera también en Dinamarca y sus progenitores no tuvieran más nacionalidad que la de dicho Estado.

Por tanto, el instrumento internacional aplicable a la restitución del menor sería el CH80, siendo este procedimiento el mismo que ya se ha explicado previamente en el apartado 7. Quedando por tanto este CLUX80 limitado a sus recursos como sistema de homologación de la resolución dictada en extraño que quiera hacerse efectiva en Dinamarca o al revés.

4. En cuanto a la notificación y traslado de las demandas se refiere, aunque en un principio el Reglamento sobre notificaciones y traslados, no incluía a Dinamarca (y sí al resto de países miembros de la UE), este Estado miembro decidió posteriormente aplicar el Reglamento en su territorio, por lo que desde el 13 de noviembre de 2008 lo aplica y así consta desde su publicación en el DOUE el 10 de diciembre de 2008. En este caso, también se prevé la designación por parte de los Estados miembros, de organismos encargados en la recepción y transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales, los cuales se denominan organismos transmisores y organismos receptores respectivamente. En cuanto a los procedimientos se distinguen dos diferentes:

El primero de ellos, es la transmisión directa la cual se caracteriza por su celeridad, ya que como su nombre indica los documentos se transmitirán directamente y lo antes posible entre los órganos designados acompañados de un formulario formalizado, y por cualquier medio adecuado. En cuanto a su recepción, el organismo receptor será el encargado de notificar o trasladar el documento mediante las normas propias del Estado miembro, en este caso el danés, o por el solicitado por el Estado transmisor, España, el plazo será como máximo de un mes desde su recepción.

La segunda vía de transmisión, la indirecta, es la que se realiza por vía consular, y en casos extraordinarios. Ésta consiste en la simple notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales por parte de los agentes diplomáticos de un Estado miembro a los residentes de ese Estado.

VI. CONCLUSIONES.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones procede concluir lo siguiente:

1.- En primer lugar, respecto a la interposición de demanda de disolución del vínculo matrimonial la propuesta formulada es la interposición de la demanda ante los tribunales españoles con base en el foro de residencia habitual del demandante previsto en el art. 3 letra a) regla sexta del RBII *bis*.

2.- Por su parte, respecto a la demanda responsabilidad parental estos mismos tribunales españoles competentes para conocer de la acción de disolución del vínculo matrimonial, prorrogarían su competencia para conocer de la acción de responsabilidad parental con base en el art.12 apartado 1 del RBII *bis*, e incluso también de la acción de

reclamación de alimentos tanto para la mujer como para los menores conforme al art. 3 letras c) y d) del RBIII respectivamente. Sustanciándose por tanto los tres procedimientos ante los tribunales españoles.

3.- Por cuanto a la cuestión de la litispendencia cuyo tratamiento se ha planteado respecto de procedimientos seguidos en terceros estado, no se produciría en este caso el efecto suspensivo a instancia de parte de la litispendencia de conformidad con la LCJI, ya que no se cumple el requisito el cual prevé la existencia en otro Estado, en el momento de admisión de la demanda ante un tribunal español, de un proceso pendiente con las mismas partes, mismo objeto y causa de pedir. Por su parte, en cuanto a la adopción de medidas cautelares, por los tribunales griegos, respecto a los bienes inmuebles de los menores situados en Grecia, dada su naturaleza de provisionales hasta que se decida sobre el fondo del asunto, condiciona la operatividad de una eventual litispendencia, toda vez que estas medidas podrán o no ser más tarde declaradas definitivas. Sin embargo, resulta evidente que, como establece el TJUE, desde la perspectiva del RBII *bis* no estemos en estos supuestos ante un caso de litispendencia, no siendo necesaria la suspensión de oficio del procedimiento por parte de los tribunales españoles hasta que los tribunales griegos establezcan su competencia. A estos efectos, respecto a la adopción de dichas medidas cautelares, la solución que otorga mayor celeridad será plantear esta solicitud ante los tribunales griegos dado que es el lugar donde están situados los bienes, a pesar de no ser competentes para conocer del fondo del asunto. La adopción de estas medidas por los tribunales españoles requeriría solicitar en Grecia el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional español.

4.- Respecto al planteamiento de una demanda de filiación, dada la exclusión esta materia del ámbito del RBII *bis* obliga a la remisión al sistema interno de cada Estado. En el caso español, los tribunales serán competentes para conocer del mismo con base en el art. 22 *quáter* de la LOPJ, tanto por ser España la residencia habitual del menor. Por su parte, la reforma operada por la Ley 7/2015 contempla también la competencia a los tribunales españoles sólo por la mera nacionalidad del demandante (*forum actoris*). Éste resulta contrario con los criterios seguidos por el DUE y además, supone la imposibilidad de prorrogar la competencia a la acción de reclamación de alimentos, prevista en el RBIII, de los tribunales españoles que conocen de la demanda de filiación cuando la base de la competencia sea exclusivamente la nacionalidad.

5.- Por cuanto a la residencia habitual y el interés superior del menor como criterios determinantes de la competencia en asuntos de responsabilidad parental, y determinación de la concurrencia de un traslado ilícito de menores desde la perspectiva de los instrumentos internacionales existentes en esta materia. Tanto el TJUE como el TEDH han tratado de dar una serie de pautas sobre los criterios a tener en cuenta para la posible determinación de estos criterios, distinguiendo por una parte aquellos menores en edad de escolarización de los que tienen una edad más corta. De esta manera, criterios como los lazos familiares del menor resultan determinantes en defecto de otros factores como la escolarización o el desarrollo de vida social. Sin embargo, no dejan de ser meras pautas y deja la decisión última a criterio de los propios tribunales internos de los Estados miembros. Esta situación supone la posible concurrencia de distintas resoluciones sobre conflictos similares, ya que cada Estado resolverá de acuerdo a sus propios principios interpretativos.

A su vez, desde la perspectiva de los tribunales daneses como foro en el supuesto analizado resulta esencial el criterio de la nacionalidad para fundamentar su competencia de acuerdo con el CH96. No obstante no ha de olvidarse que los menores son nacionales daneses y españoles, con residencia en principio en España. Por tanto, no parece muy viable que los órganos jurisdiccionales españoles fueran a inhibirse a favor de los tribunales daneses por considerar que los mismos se encuentren en mejores condiciones para conocer de la demanda de responsabilidad parental por el sólo motivo de que los menores posean también la nacionalidad danesa. La nacionalidad es la única conexión que tienen con Dinamarca, obtenida por ser la nacionalidad de su padre, ya que no han residido nunca en el citado país.

6.- En relación a un posible traslado ilícito de los menores de España a EEUU y respecto la incidencia que este hecho tiene respecto la competencia en el procedimiento sobre responsabilidad parental, resulta relevante la existencia o no de una demanda de restitución del menor- y, a consecuencia de ello, una posterior resolución de dicha restitución- con arreglo a los cauces previstos en el CH80. A estos efectos, resulta relevante la interpretación realizada del art. 16 CH80 a falta de aplicación del RBII *bis* y del CH96, puesto que los tribunales españoles podrían entrar a conocer de la demanda si no tuviera noticias de la interposición de dicha demanda- como consecuencia de una aceptación tácita al traslado por parte del otro progenitor, debiendo suspendiéndolo si finalmente se presentará la demanda. Por consiguiente, si existiera demanda de

restitución, España deberá suspender el procedimiento hasta que haya resolución al efecto, o transcurra un año hasta que se resuelva. En el presente supuesto, la resolución podría ser de no restitución con base en el interés superior del menor siguiendo los criterios establecidos a tal efecto por las Sentencias del TEDH o la delimitación realizada por la LOPJM, en cuyo caso la residencia habitual efectiva de los menores sería España, y estos podrían entrar a conocer del procedimiento de responsabilidad parental.

7.- Respecto al proceso de notificación y traslado de los documentos judiciales al demandado residente en EEUU de los procedimientos incoados, la norma aplicable a dicho procedimiento es el CH65, tras descartar la aplicación de la Convención Interamericana de 1975 dada la vigencia de la reserva formulada por EEUU. La aplicabilidad del CH65, si bien es cierto que es el instrumento empleado por un gran número de Estados, se caracteriza por ser un proceso lento al emplearse para la notificación de documentos la vía consular o diplomática. Además, no ofrece garantías suficientes para que el demandado sea notificado con la antelación suficiente con el fin de que no se cree una situación de indefensión. Todo ello tiene como consecuencia la dilatación del proceso que resulta contrario con uno de los fines últimos de los instrumentos en materia de cooperación jurídica internacional como lo es la celeridad.

8.- Finalmente, respecto a los efectos de la tramitación de las cuestiones previamente citadas en sede danesa, la cláusula *opting out* formulada por Dinamarca resulta un obstáculo para el objetivo final de la UE de unificación de la normativa en materia de cooperación jurídica en materia civil y mercantil. Aunque en algunos asuntos Dinamarca ha optado por aplicar algunos Reglamentos al considerarlos beneficiosos para sus intereses, como el RBI y su sucesor el RBI *bis* o el de notificaciones; por lo que respecta en particular al ámbito del Derecho de familia continúa estando desvinculado de lo dispuesto por el RBII *bis* y de los capítulos III: derecho aplicable y VII: Cooperación entre autoridades centrales del RBIII. Este hecho supone el deber de recurrir a los instrumentos internacionales los cuales prevén soluciones jurídicas distintas a las reguladas por el DUE, y consecuentemente, recurrir también a distintas fuentes en función del Estado con el que se entablan las relaciones. Por tanto, la complejidad de la normativa aplicable supone la concurrencia de distintos sistemas con distinto funcionamiento, y sus respectivas soluciones, haciendo más viable la tramitación de las distintas cuestiones planteadas ante los tribunales españoles.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J: *Derecho Internacional Privado* Ed. Civitas. Thomson Reuters 3a edición, Navarra. 2016

ESPLUGES MOTA, C; IGLESIAS BUHIGUES, J.L; PALAO MORENO, G. *Derecho Internacional Privado* Ed. Tirant lo Blanch 10a edición, Valencia. 2016

VIII.-JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJCE de 15 de julio de 1964, en el Asunto C-6/64, *Flaminio Costa contra E.N.E.L* (Rec. 1964 01141)

STJCE (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007, en al asunto. C-68/07: *Kerstin Sundelind López contra Miguel Enrique López Lizazo* (Rec 2007 I-10403)

STJUE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus – Finlandia* (Rec. 2009 I-02805)

STJUE (Sala Segunda) de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-296/10, *Bianca Purucker contra Guillermo Vallés Pérez* (Rec. 2010 I-11163)

STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz* (Rec 2010 I-14247)

STJUE (Sala Tercera) de 16 de julio de 2015, en el asunto C-184/14, *A contra B* (CELEX 62014CA0184)

STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016, en el asunto C-428/15, *Child and Family Agency contra J. D.* (CELEX 62015CA0428)

2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH (Gran Sala) Requerimiento núm. 41615/07 de 6 de julio de 2010 *Neulinger y Shuruk contra Suiza* (HC/E/1323)

STEDH (Sección Tercera) Requerimiento núm. 27853/09 de 13 de diciembre de 2011 (*Asunto X contra Letonia*, (HC/E/ 1234)

STEDH (Sección Duodécima) Requerimiento núm. 60328/09 de 3 de mayo de 2012 *İlker Ensar Uyanik contra Turquía* (HC/E/1169)

3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

STS (Sala Primera) núm. 604/1998 de 22 de junio de 1998 (Roj 4153/1998)